

REVISITANDO EL DERECHO DE VISITA

ARAMBURU ENRIQUE J.

Escuela Nacional de Náutica "Manuel Belgrano" (ESNN). Instituto Universitario Naval.

1. Introducción

Con el nombre general de "derecho de visita" se abarcan distintos aspectos de la facultad que tienen los buques de guerra respecto de los buques mercantes en alta mar para establecer su nacionalidad y la naturaleza de su carga y actividades. Esto deja de lado otros aspectos referidos al ejercicio de la jurisdicción en aguas territoriales donde ésta le es plenamente reconocida al estado costero, incluyendo el derecho de persecución para la represión de ilícitos cometidos en esas aguas aunque la captura se realice luego en alta mar; lo que se conoce en doctrina y normativa como *'hot pursuit'*.

Por ejemplo, en la zona económica exclusiva de un Estado la aplicación de su control puede llevar a que desde un buque de guerra se aborde un mercante (un pesquero, generalmente) pero es otra cosa; aunque los procedimientos sean los mismos y se apliquen especialmente para el control de la explotación de recursos naturales, el derecho de visita es altamente excepcional en alta mar y casi siempre vinculado a temas bélicos. Recordemos que, según el artículo 86 de la Convemar alta mar son "todas las partes del mar no incluidas en la zona económica exclusiva, en el mar territorial o en las aguas interiores de un Estado, ni en las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico."

La facultad que analizamos tiene varios nombres que responden a distintos conceptos: *right of approach*, *droit d'approche*, *enquête du pavillion*, *droit de reconnaissance*: verificar identidad y nacionalidad. En tanto que *visit*, *search*, *capture* equivalen a visita, inspección (allanamiento) y captura. La traducción correcta sería 'derecho de inspección y registro'.

El derecho de visita es la capacidad que tiene todo buque de guerra de establecer la identidad y nacionalidad de un buque en alta mar, espacio por excelencia sustraído a la jurisdicción de un estado determinado. Por el párrafo 2º del art. 110 de la Convemar se extiende a todo o buque al servicio no comercial de un estado identificado debidamente. Consiste en la verificación de la documentación y si esto no resulta satisfactorio, la inspección a bordo.

Es expresión de una de las características más salientes del Derecho Internacional: la descentralización en la emisión de normas y en la ejecución de las mismas: todos los Estados son agentes del orden.

Es un derecho y, como tal, se puede ejercer o no.

2. Desarrollo

Precisiones conceptuales

El concepto incluye que un buque de guerra envíe un bote al mando de un oficial a un buque extranjero y verifique su documentación. Si la sospecha se mantiene, el buque extranjero puede entonces ser abordado para una posterior inspección. Los buques de guerra y por extensión las aeronaves militares tienen justificación para visitar (lo que implica hacer parar) y subir a bordo de un buque extranjero en alta mar cuando hay una razonable sospecha que el buque está implicado en piratería, tráfico de esclavos o emisiones radioeléctricas no autorizadas o cuando la nave no tiene nacionalidad o es de la misma que el buque de guerra aún cuando pueda estar enarbolando bandera extranjera o se rehúse a izar pabellón.

Hoy el derecho de visita rige en tiempo de paz; pero viene de las típicas acciones de guerra que pueden ejecutar los buques de los estados beligerantes para establecer si los buques neutrales están transportando o no contrabando de guerra.

En principio tenemos la verificación del pabellón que en inglés es "right of approach" y en francés "enquête du pavillon"; se les reconoce a los buques de guerra de todos los países el derecho de aproximarse a los buques mercantes con el objeto de asegurarse cuál es su nacionalidad. Proviene de reconocer a los buques de guerra un poder de policía de un carácter muy limitado y que no eran acordados, salvo caso de piratería, más que en virtud de tratados especiales. Puesto que se trata de una derogación del principio general de atribución de la jurisdicción plena del Estado sobre los buques de su propia bandera, estos poderes de policía deben ser muy estrictamente delimitados. Este derecho es indispensable para el ejercicio cortés y discreto de la autoridad estatal y no implica ningún propósito injurioso ni ninguna intención de retardar aquellos buques inspeccionados en su misión. Y aunque el buque de guerra deba atender solamente a su propia seguridad, no debe violar los derechos de los demás ni es libre de causar un perjuicio a los buques inofensivos basándose simplemente en peligros supuestos.

Tengamos en cuenta que toda intervención en una nave en alta mar constituye un acto del que el Estado puede tener que responder, excepto que haya sido acordado por tratado.

Como cita Pearce Higgins "es necesario que el ejercicio de la verificación del pabellón sea en tiempo de paz estrictamente acotado en estrechos límites a fin de no comprometer en nada la dignidad ni la independencia de las naciones".¹

En segundo lugar tenemos el derecho de visita y de inspección, que sería un equivalente del allanamiento. El buque de guerra tiene derecho de ejercerlo cuando haya razones para sospechar que una nave arbola indebidamente el pabellón que él lleva o que se está dando a actos de piratería u otros actos perjudiciales a la seguridad del buque de guerra o si está autorizado por un tratado. En estos casos el procedimiento es el siguiente: el buque de guerra se aproxima al mercante arbola su pabellón para mostrar sus colores si el buque mercante no lo ha hecho espontáneamente por deferencia. Para atraer la atención de la nave comercial y para disipar toda excusa, puede apoyar su advertencia con un tiro de cañón de fogeo. Si el mercante no iza el pabellón, el buque de guerra le efectúa un disparo a proa, lo intima con señales visuales (banderas del código internacional) y toca la sirena. Si aún así el mercante se rehúsa a izar el pabellón o si hay graves razones para sospechar que el pabellón izado no es el propio del buque, el de guerra hace señales para que pare máquinas y envía un bote con tripulación armada, atraca al costado del mercante a cargo de un oficial encargado de exigir la exhibición de la documentación de a bordo. Si las sospechas se disipan, se retirará inmediatamente. Si el oficial no está satisfecho, puede estimar que las circunstancias hacen procedente un registro. Una vez autorizado, la tripulación del bote puede ser llamada a bordo para participar; debe tenerse especial cuidado en que no se produzcan irregularidades ni daños a la carga. Si el oficial concluye que no ha lugar a la captura, debe dejarse todo en el mismo estado en que estaba y se debe autorizar a la nave a continuar su navegación sin demora. Se inscribe un memorandum de visita en el diario de a bordo.

Si luego de la visita el comandante del buque de guerra tiene sospecha fundada o hay razones para creer que el buque debe ser pasible de captura, se le piden explicaciones al capitán y si no son suficientes se le indica que debe dirigirse a un puerto conveniente para el pronunciamiento sobre la validez de la captura. El comandante del buque de guerra envía una tripulación para conducir el buque a puerto,

a menos que la tripulación propia consienta en hacerlo. El oficial destacado a bordo es el responsable del buque y de la carga.

Esta institución se extendió a delitos internacionales como la piratería, el tráfico de esclavos y, más modernamente, a emisiones radioeléctricas no autorizadas.

Naturaleza jurídica del instituto

Por el principio de universalidad, según el cual se protegen determinados bienes jurídicos esenciales para toda la humanidad independientemente de la nacionalidad de quien atente contra ellos y por el de justicia supletoria, que trata de evitar que un hecho que se considera ilícito quede impune precisamente por no poseer nacionalidad que lo castigue.

El principio general es que cada Estado tiene jurisdicción, y ésta es exclusiva, sobre los buques que (permítaseme la metáfora) cubre con su pabellón en alta mar, espacio marítimo por excelencia de la libertad de los mares. Dicho esto debemos hacer hincapié en que la nacionalidad de los buques viene dada por la del Estado cuya bandera tienen derecho a izar en función de que se han anotado debidamente como pertenecientes al registro de ese estado.

Que un buque no tenga nacionalidad significa que no enarbola un pabellón o que enarbola dos. Sin embargo, el buque sin nacionalidad tiene derecho de paso inocente, por lo que no puede ser objeto de jurisdicción sólo porque no tiene nacionalidad.

El fundamento de una tan amplia facultad como ésta que analizamos se encuentra en que es necesario preservar el orden público en las zonas no sometidas a jurisdicción de ningún Estado.

Además del concepto jurídico, debemos tener en cuenta la realidad a la que aludimos cuando hablamos de "alta mar": más de un 60% de la superficie del planeta, fuera de la jurisdicción de estado alguno. Para cualquier estado, deseoso por lo general de someter a sus leyes a todo bien o persona que caiga dentro de sus límites, es una situación muy anómala.

El origen viene de antiguo y claramente del derecho internacional de los conflictos armados, el *ius in bello*.

¹ PEARCE HIGGINS, A., V:64.

El derecho de visita en tiempo de guerra

En tiempo de guerra, el derecho de visita, como queda dicho, asegura que los buques neutrales no transporten mercaderías útiles para el esfuerzo bélico del enemigo. Es por eso un derecho inherente para los beligerantes, vinculado con el de la defensa propia establecido en la Carta de las Naciones Unidas.

Un ejemplo es la bien conocida trayectoria del acorazado alemán "Graf Spee" antes de su batalla final. En uso de su derecho de verificación del contrabando de guerra, hacía presas de los buques que colaboraban con el esfuerzo inglés (recordemos Alemania que no estaba todavía en guerra con los EE. UU.)

El derecho de visita en tiempo de paz

La Guía modelo de operaciones marítimas, publicación oficial de la Coast Guard norteamericana dice que las subidas a bordo deben ser exhaustivas pero expeditas, de manera de interferir lo menos posible con los viajes legítimos. El personal que efectúa la inspección, la dotación de presa (como la llamamos nosotros) debe promover una impresión positiva del servicio a través de una sobresaliente presentación, conducta profesional y competencia. Los comandantes y oficiales a cargo son responsables de que el personal esté adecuadamente adiestrado, equipado y motivado para cumplir con su deber. La dotación de presa está constituida por el oficial a cargo y personal calificado; personal no calificado puede acompañar a la dotación como ayuda o entrenamiento pero no puede ejercer tareas de imposición de la ley.

Análisis del artículo 110 de la Convemar

Debemos tener en cuenta que la Convención de 1982 de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (conocida como Convención de Montego Bay o más simplemente como Convemar) ha cristalizado el derecho consuetudinario a través de sus previsiones y por tanto podemos concluir que el derecho de visita está ahora cristalizado y debe ejercerse de acuerdo con lo normado en el artículo 110 de la Convemar y concordantes.²

² Como comparación transcribimos el artículo 22 de la Convención de Ginebra sobre el Alta Mar: 1. Salvo cuando los actos de injerencia se ejecuten en virtud de facultades concedidas por tratados, un buque de guerra que encuentre un buque mercante extranjero en alta mar no tiene derecho a efectuar en él ningún registro, a menos que haya motivo fundado para creer :

- a. Que dicho buque se dedica a la piratería, o
- b. Que el buque se dedica a la trata de esclavos, o
- c. Que el buque tiene en realidad la misma nacionalidad que el buque de guerra, aunque haya izado una bandera extranjera o se haya negado a izar bandera.

Cotejando la definición propuesta más arriba con la que da el artículo 110 de la Convemar, vemos que el derecho de visita se define por la negativa:³ el principio general es la libertad de los mares (más concretamente la libertad de navegación en alta mar); pero a veces se puede restringir esa libertad a favor de bienes superiores a tutelar a través de las normas.

¿Quiénes pueden ejercer estos actos de control? Los buques de guerra⁴ o los buques al servicio de un Estado debidamente identificados⁵ además de las aeronaves del mismo tipo.⁶

Los supuestos en los que opera esta excepción a la regla son: cuando el buque se dedica a la piratería,⁷ en cuyo caso adquiere jurisdicción y puede juzgar a los piratas. Cuando el buque se dedique a la trata de esclavos o cuando se está utilizando para efectuar transmisiones no autorizadas. En este caso el Estado del buque de guerra tiene que tener jurisdicción de acuerdo con el artículo 109 de la Convemar (ser del pabellón de buque, sea en el que está registrada la instalación radioeléctrica, las personas sean de su nacionalidad, pueda recibir la transmisión no autorizada o interfiera con sus transmisiones autorizadas).

Finalmente, el caso más interesante: cuando el buque no tenga nacionalidad o tenga la misma que el buque de guerra, por más que se niegue a izar pabellón o ice uno extranjero.

Vemos que debe procederse con todas las consideraciones posibles y si no resultan fundadas las sospechas, siempre que el buque no haya cometido un acto que las justifique, se deberá indemnizar al buque.

A este respecto debemos recordar las observaciones del gobierno yugoeslavo al proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre Convención de Alta Mar: "habría que considerar una provisión liberando al buque de

2. En los casos de los incisos a), b) y c), el buque de guerra podrá proceder a la comprobación de los documentos que autoricen el uso de la bandera. Para ello podrá enviar un bote al buque sospechoso, al mando de un Oficial. Si aun después del examen de los documentos persistiesen las sospechas, podrá proceder a otro examen a bordo del buque, que deberá llevarse a efecto con todas las atenciones posibles.

3. Si las sospechas no resultaren fundadas, y siempre que el buque detenido no hubiere cometido ningún acto que las justifique, dicho buque tendrá derecho a ser indemnizado por todo perjuicio o daño sufridos.

³ "... no tendrá derecho de visita, a menos que haya motivo razonable para sospechar que el buque:..."

⁴ párrafo 1.

⁵ párr. 5.

⁶ párr. 4.

⁷ párr. 1, a)

guerra del *damnum emergens* si no se puede imputar *dolum* o *culpam latam* al buque de guerra.⁸

Un ejemplo del caso de buque sin nacionalidad podría ser el caso de Malvinas, cuyos buques tienen una nacionalidad que no reconocemos puesto que pertenecen a un registro no reconocido. En aplicación de averiguación de la nacionalidad un buque al servicio del Estado argentino, podría obligarlo a enarbolar el pabellón. Al hacerlo el buque malvinense (y recordemos que hay varios, sobre todo pesqueros, actualmente) con una bandera no reconocida, para nosotros estaría sin nacionalidad.

Dada la situación actual no podemos ir mucho más lejos que eso y en todo caso labrarle una infracción si por ejemplo tuviéramos previsiones en nuestra legislación para los buques sin nacionalidad que naveguen por caso en la zona SAR de responsabilidad argentina.

Aplicaciones modernas de la excepción a la norma

Modernamente estas derogaciones del principio general se están aplicando para dos nuevos desarrollos no estipulados en la Convemar: la Iniciativa de Seguridad contra la Proliferación y la Protocolo de 2005 a la Convención SUA, ésta última constituye la última excepción a la regla tradicional de la jurisdicción exclusiva del estado de la bandera sobre los buques en alta mar. La primera ha presentado algunas dudas sobre la legalidad de varios de sus aspectos; pero los participantes han reconocido que su autoridad se limita a los espacios y naves bajo su jurisdicción en principio.

El paradigma tradicional sin embargo está deslizándose un poco y ya se admiten nuevas excepciones a la regla que no están normadas en el artículo 110 de la Convemar.

3. Resultados

Algunos hallazgos

Hay un juego armónico de previsiones legales entre el principio de jurisdicción exclusiva en alta mar y el derecho de visita de los buques de guerra (por estar al servicio de un Estado, no por ser de guerra nada más).

Las previsiones del artículo 110 de la Convemar cristalizaron en el orden en que se dieron históricamente.

⁸ Citado por BROWNLIE, I, 1998: 241.

Encontramos, pensando en aplicaciones en tiempos de paz, la que puede ser una herramienta del gobierno en la política hacia la cuestión Malvinas, que podría ayudar, si se decide emplearla, para estimular a los ingleses a negociar.

Conclusiones

Quizás en una futura cristalización normativa se añada otra excepción al principio general por el tema de la Iniciativa de Seguridad contra la Proliferación y que seguramente vendrá al final de las ya consolidadas.

Las consecuencias de aplicar este derecho que tenemos (en lo que hace a derecho positivo) como Estado signatario de la Convemar, a la cuestión Malvinas serían manifestar de una manera un poco más contundente que con la protesta diplomática que nos comportamos conforme a derecho y además no reconocemos las acciones jurisdiccionales que los ingleses intentan en Malvinas. En este sentido habría que sancionar legislación para buques sin nacionalidad o de nacionalidad no reconocida en mares jurisdiccionales argentinos, que penalice determinados aspectos de su tránsito por aguas jurisdiccionales, por ejemplo una presunción legal.

De todas maneras, volviendo al aspecto general de la cuestión, podemos decir que el sistema está muy equilibrado y por lo tanto va a durar mucho tiempo así como está. Por contra, en el caso de la investigación científica marina, por ejemplo, los avances en el campo de lo fáctico (el progreso científico en cuanto a modos de prospección y colección de datos científicos) condicionan que las normativa de la misma Convención estén ya quedando desactualizados.

No parece ser el caso de las normas relativas al derecho de visita.

Bibliografía

BARBOZA, Julio. *Derecho internacional público*. Bs. As., Zavalía Editor, 1999.

BARRY, Patrick I. "The right of visit, search and seizure of foreign flagged vessels on the high seas pursuant to customary international law: a defense of the proliferation security initiative" en: *Hofstra Law Review*, Vol. 33, pp. 299-330.

BRITTIN, Burdick H. *Derecho internacional para oficiales en el mar*. Bs. As., Instituto de Publicaciones Navales, 1991.

BROWNLIE, Ian. *Principles of International Law*. Cambridge, Clarendon Press, 1998.

BROWNLIE, Ian (Ed.). *Basic Documents in International Law*. Cambridge, Clarendon Press, 1995.

DIXON, Martin. *International Law*. London, Blackstone Press Ltd., 1996.

Domínguez Cabrera, María del Pino. "Problemas relacionados con la nacionalidad del buque" en *Revista de derecho* de la Universidad Austral de Chile, Vol. XVIII, N° 1, pp. 119-144.

KLEIN, Natalie. "The Right of Visit and the 2005 Protocol on the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation" en *Denv. J. Int'l L. & Pol'y*, Vol. 35, Nr. 2, pp. 287-332.

MALANCZUK, Peter (Ed.). *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. New York, Routledge, 1997.

PEARCE HIGGINS, A. "Le régime juridique des navires de commerce" en: *Récueil des cours*, Académie de Droit International de La Haye, tomo V, págs. 61 y ss.

Wise, Jennings C. "The rights of visit and search, capture, angary and requisition" en: *American Journal of International Law*, Vol. 16, Nr. 3, pp. 391-399.

CV de ARAMBURU Enrique J.

Licenciado en Letras y abogado por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Relaciones Internacionales (Inst. del Servicio Exterior de la Nación - Fondazione di Ricerche e Studii Internazionali) Realizó una pasantía en la Secretaría de la Corte Internacional de Justicia en el año 2001, realizando tareas de actualización del *Repertorio de aplicación del Reglamento de la Corte*. Consultor para el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en Montevideo.

Residió en el Sidney Sussex College de la Universidad de Cambridge para realizar un Curso de Métodos Legales Ingleses. Profesor Titular por concurso en la Escuela Nacional de Náutica, donde ha recibido la medalla a la constancia por veinticinco años de servicios. Publicó dos libros sobre temática vasca y varios artículos sobre temas de Derecho Internacional en distintas revistas jurídicas. Participó en varias jornadas académicas exponiendo trabajos de su autoría.